

Medische expertise bij diagnostische missers

De laatste dokter heeft altijd gelijk!

1. Inleiding

Een van de meest complexe en uitdagende taken van artsen is het stellen van de diagnose. Als er daarbij iets misgaat, kan dat verstrekkende gevolgen hebben voor de patiënt.¹ Er zijn grofweg twee groepen misslagen. De eerste is dat bij een patiënt diens ziekte niet of te laat wordt herkend en de aandoening dus niet – of niet tijdig – behandeld wordt. Een andere mogelijkheid is dat er een fout etiket wordt geplakt op de klachten of verschijnselen, waarmee de patiënt medische hulp zoekt. Dan wordt er een onnodige behandeling gegeven voor een ziekte waaraan de patiënt niet lijdt met allerlei schadelijke gevolgen van dien. Dergelijke misslagen komen vaker voor dan men denkt – en dan men lief is. Geen wonder dus dat praktijkjuristen in aanraking zullen komen met de kwestie van diagnostische missers.

Ons polderland is niet immuun gebleken voor de 'Amerikaanse toestanden'. Artsen krijgen in toenemende mate te maken met claims van zich gedupeerd voelende patiënten. Binnen die groeiende groep schadevergoedingszaken is er bovendien een relatieve toename van schadevorderingen wegens vermeende diagnostische fouten. In de VS zijn eisen tot schadevergoeding wegens diagnostische missers inmiddels de meeste frequente claimsoort.² Waarom? De mogelijkheden voor en derhalve het gebruik van diagnostiek zijn enorm toegenomen en daarmee neemt natuurlijk ook de kans op fouten toe. Daarnaast zijn er de afgelopen jaren grootschalige bevolkingsonderzoeken op kanker geïnstitutionaliseerd waarbij jaarlijks honderdduizenden personen worden onderzocht. Niet alleen zijn de mogelijkheden voor onderzoek naar ziekte uitgebreider, ook de behandelopties zijn toegenomen of bestaande werden verbeterd. Er staat dus voor de patiënt bij diagnostiek veel meer dan vroeger op het spel.

De verzameling van diagnostische missers is zeer heterogeen, ze zijn het gevolg van uiteenlopende oorzaken en omstandigheden en ze hebben voor de gelaedeerde verschillende gevolgen. Enkele casusposities als voorbeeld.

Casus 1. Een vrouw klaagt over oorspijn, ze voelt zich niet lekker. Ze bezoekt de huisarts en die schrijft haar oordruppels voor. Die nacht wordt de oorspijn echter steeds erger en haar echtgenoot belt de dienstdoende waarnemend huisarts. Die komt, ondanks dringend verzoek van de echtgenoot niet langs, en pas na nog drie

telefoontjes wordt 's ochtends vroeg door hem een visite afgelegd en worden de klachten als van psychische aard geduid. De echtgenoot belt korte tijd later een ambulance. Bij aankomst blijkt de vrouw hersenvliesontsteking (meningitis) te hebben, waaraan zij enkele uren later overlijdt. De echtgenoot vordert schadevergoeding omdat de huisarts de ziekte niet juist heeft herkend.³

Casus 2. Door onbekende oorzaak valt een man uit het raam en wordt vervoerd naar een afdeling voor spoedeisende hulp (SEH) van een ziekenhuis. Er worden röntgenfoto's vervaardigd, waarbij afwijkingen mogelijk wijzend op een wervelfractuur worden gezien. Een medische behandeling lijkt echter niet noodzakelijk, de patiënt mag weer naar huis. Maar enkele dagen na dit ongeval ontwikkelt deze patiënt een gedeeltelijke verlamming van een been. Waarschijnlijk is dit het gevolg van een tijdens het onderzoek op de SEH onopgemerkte beschadiging van het ruggenmerg door de wervelfractuur. De patiënt klaagt het ziekenhuis aan voor het missen van deze diagnose. Bij tijdige ontdekking en behandeling had volgens hem deze verlamming niet hoeven op te treden.⁴

Casus 3. Een vrouw wordt na een zwangerschap van 41 weken opgenomen in het ziekenhuis omdat de bevalling zich heeft aangekondigd. Er wordt een instrumenteel bewakingsonderzoek toegepast om te zien hoe met name de hartslag van het kind op de weeën reageert. De bevalling verloopt moeizaam en uiteindelijk wordt een operatieve kunstverlossing toegepast, een keizersnede. Het kind blijkt vervolgens ernstige hersenbeschadigingen te hebben, mogelijk opgelopen tijdens deze moeizame partus. De voor de bevalling verantwoordelijke gynaecologen wordt verweten de ernst van de situatie niet tijdig op juiste waarde te hebben geschat. Was dat wel gebeurd, dan zou er eerder tot een keizersnede zijn besloten en zou het kind betere kansen gehad hebben.⁵

Casus 4. Een vrouw wordt door een internist wegens slik- en pijnklachten onderzocht door middel van een gastroscopie.⁶ Daarbij wordt een voor een kwaadaardige aandoening verdachte afwijking in de slokdarm gezien, waaruit biopsies worden genomen. Bij onderzoek van die weefselstukjes door de patholoog wordt een verdenking op een kwaadaardig gezwel uitgesproken en op grond van de combinatie van de klinische waarnemingen en de biopsiediagnose worden vervolgens een deel van de slokdarm en de maag operatief verwijderd. Bij definitief

* Raimond Giard is als patholoog en klinisch epidemioloog verbonden aan het Ziekenhuis Rotterdam, als jurist verbonden aan het Rotterdam Institute of Private Law van de Erasmus Universiteit Rotterdam en redacteur van dit tijdschrift.

1. G.J. Kuhn, 'Diagnostic errors', *Academic Emergency Medicine* 2002, vol. 9, p. 740-750.

2. A. Chandra, S. Nundy S, SA Seabury, 'The growth of physician medical malpractice payments: evidence from the National Practitioner Data Bank', *Health Affairs* (Millwood). 2005 Suppl Web Exclusives:W5-240-W5-249.

3. Rb. Alkmaar 3 oktober 2002, *LJN* AE8326.

4. Rb. Haarlem 1 maart 2006, *LJN* AV5277.

5. HR 7 december 2007, *LJN* BB3670.

6. Dit is het bekijken van slokdarm, maag en eventueel twaalfvingerige darm met behulp van een 'endoscoop', een flexibel instrument waarmee met behulp van glasvezeltechnologie de slijmvlieswand bekeken kan worden en uit eventuele afwijkingen biopsies genomen kunnen worden.

onderzoek van dit operatiepreparaat blijkt er echter geen kanker. Patiënte dient een claim in omdat zij vond dat ze onnodig werd geopereerd als gevolg waarvan zij klachten heeft.⁷

Casus 5. Een 53-jarige vrouw neemt voor het eerst deel aan het bevolkingsonderzoek op borstkanker. Er worden daarbij geen verdachte afwijkingen gevonden maar een half jaar later voelt de vrouw een afwijking in haar linkerborst, waarvoor zij naar een chirurg wordt verwezen. Er blijkt sprake van borstkanker in een al vergevorderd stadium. Ondanks intensieve behandeling overlijdt zij twee jaar later. De echtgenoot van deze vrouw dient daarna een claim in tegen het screeningscentrum omdat hij vond dat de radiologen de afwijking hadden gemist.⁸

Dat er bij alle van deze vijf voorbeelden sprake is van een diagnostische fout, mag duidelijk zijn: dat wordt begrijpelijk gemaakt door het verloop en de afloop van het ziekteproces. De personenschade als gevolg van de respectievelijke mislagen is bij alle casusposities majeur te noemen. De gelaedeerden of hun nabestaanden vragen de rechter om een normatief oordeel over het handelen van de verantwoordelijke hulpverleners. Om bij deze diagnostische missers tot een medisch-wetenschappelijk gegrond en juridisch billijk oordeel te komen, zullen we antwoord dienen te geven op de volgende drie elementaire kennistheoretische vragen⁹:

1. Wat *denken* we over deze casus te weten?
2. Wat *zouden* we erover moeten weten?
3. Wat *kunnen* we weten?

In al deze rechtszaken traden steeds een of meer medisch deskundigen op, soms in de rol van rechtbankdeskundige, vaker als partijdeskundige. Voor hen vormen deze drie vragen het epistemologische kader, waarbinnen zij hun onderzoek zullen moeten doen. Voor een rechtvaardig oordeel is het nodig dat we begrijpen wát er misging, waarom en of die mislag ook aan de arts naar redelijkheid mag worden toegerekend. Daarvoor is steeds een reconstructie noodzakelijk maar dat vereist speciale voorzorgsmaatregelen. Wat is er nu zo speciaal aan het deskundigenonderzoek naar mogelijke diagnostische missers en wat kan er daarbij misgaan? In dit artikel wil ik dat proberen uit te leggen. Ik zal daarbij deze casuïstiek gebruiken ter illustratie van de verschillende aspecten die bij het deskundigenonderzoek aan bod komen. Wat ik met name wil tonen, is dat de problematiek van diagnostische missers een aparte en vooral ook methodisch zeer precieze benadering vraagt.

2. Wat is een diagnostische fout en hoe ontstaat die?

Een diagnose stellen betekent het toewijzen van de klachten en/of ziekteverschijnselen aan een ziektekundige categorie. Een diagnostische fout is operationeel te definiëren als een van de volgende drie gebeurtenissen¹⁰:

- een verkeerde diagnose, dat wil zeggen dat er een andere diagnose werd gesteld dan later het geval blijkt te zijn;
- de diagnose werd onbedoeld vertraagd, terwijl op een eerder moment wél al adequate informatie beschikbaar was en dus de diagnose gesteld had kunnen worden;
- de patiënt leed aan een ziekte maar die diagnose werd niet gesteld en is dus gemist.

Ongeacht het type gebeurtenis, dat dergelijke fouten gemaakt zijn blijkt altijd pas achteraf: informatie die later in het ziektebeloop naar voren komt; nieuwe diagnostische informatie en/of het verloop van de ziekte, maakt duidelijk dat er met het stellen van de diagnose iets is misgegaan. Van vertraging is zeker sprake bij casus 5 en ook bij casus 3. Bij casus 5 werd de diagnose eigenlijk gemist op de foto. Bij casus 1 en 4 is sprake van een verkeerde diagnose en bij casus 2 werd mogelijk de verlamming gemist. Bij het deskundigenonderzoek is natuurlijk niet alleen het constateren van de fout van belang, maar ook het achterhalen van de oorzaak of oorzaken ervan en vooral ook de vraag of de arts verwijtbaar onzorgvuldig handelde en het causale verband daarvan met de schade. Diagnostische fouten hebben zelden één enkele oorzaak en ontstaan vrijwel steeds door een samenloop van verschillende factoren. Er zijn de volgende componenten:

- de arts met diens kennis, ervaring en oordeelsvermogen. Diens kennis kan tekort schieten, hij/zij heeft te weinig ervaring met het betreffende ziektebeeld of het oordeel pakt verkeerd uit;
- de ziekte, die zich op verschillende manieren kan uiten;
- de patiënt met diens kenmerkende fysieke en psychologische eigenschappen, die bepalend zijn voor presentatie en het beloop van diens ziekte. Door diens gedrag kan een patiënt de arts op het verkeerde been zetten of de patiënt is bijvoorbeeld zo gespannen of erg dik, dat goed lichamelijk onderzoek onmogelijk is;
- de samenwerking tussen arts en patiënt of eventueel tussen arts en familie van de patiënt;
- een of meer diagnostische tests. Geen enkele beschikbare diagnostische test is echter perfect.¹¹ De uitkomst van een onderzoek weerspiegelt dus niet noodzakelijkerwijs de ware situatie;
- het systeem waarbinnen de zorgverlening plaatsvindt. In de eerstelijnszorg zijn de mogelijkheden voor diagnostiek beperkt, dus is er meer kans op het missen van diagnoses.

Bij alle vijf casusposities is de aanleiding voor de vordering tot schadevergoeding steeds de noodlottige afloop. De emoties richten zich daarbij op de arts als auctor: die faalde toch bij onze vijf casusposities? Die moet dan toch ook ter verantwoording worden geroepen? Er is bij een diagnostische fout sprake van het tekortschieten van het menselijke kenvermogen: de ware ziekte-toestand

7. Hof Leeuwarden 25 oktober 2006, LJN AZ0938.

8. Hof Arnhem 17 januari 2006, JA 2006, 37, m.nt. R.W.M. Giard.

9. A. Morton, *A guide through the theory of knowledge*, Oxford: Blackwell Publishing 2003, p. 10.

10. M.L. Graber et al., 'Diagnostic error in internal medicine', *Archives of Internal Medicine* 2005, vol. 165, p. 1493-1499.

11. Een uiteenzetting hierover valt buiten het bestek van dit artikel, maar iedere test – in de meest brede zin des woords – biedt steeds zowel kans op fout-positieve ('vals alarm') als op fout-negatieve uitkomsten ('missers').

werd niet als zodanig herkend. Uit onderzoek is gebleken dat verschillende cognitieve fouten ten grondslag kunnen liggen aan diagnostische missers.¹² Daarbij spelen ook factoren een rol als hoe zeldzaam het ziektebeeld is en/of hoe onverwacht zich dat presenteert. Het 'missen' van een diagnose is derhalve het gevolg van een complex van factoren. Om de fout te kunnen begrijpen, is verkenning van die gecompliceerde problematiek van grote betekenis om later rechtvaardig te kunnen oordelen. Tout comprendre, est-ce tout pardonner? We zullen zien dat dieper in deze problematiek graven een genuanceerder beeld oproept van diagnostische missers.

In de omstandigheid dat we een probleem vanuit de trieste afloop overzien, ligt het kwetsbare punt van het deskundigenonderzoek. Met wijsheid achteraf was het ziekteproces wél eerder of beter te herkennen geweest. De causale verbanden zijn toch duidelijk? Dat is wél de emotionele sfeer van de gelaedeerde of diens nabestaanden. Maar dit is ook de kwestie van *hindsight bias*: achteraf weet iedereen (inclusief de dader) altijd alles beter – zelfs de rechter! De deskundige komt stellig in dit methodologische mijnenveld terecht en zal die verborgen explosieven dienen op te sporen en tijdig onschadelijk maken. We komen op dit punt nog terug in par. 4.2.

3. De opdracht aan de deskundige

Over het belang van een goede en duidelijke vraagstelling aan de deskundige is iedereen het eens en er is al veel over geschreven.¹³ Wie als medisch deskundige een vraag krijgt voorgelegd om te oordelen over de gedragingen van een arts, ziet zich veelal geconfronteerd met de schriftelijke opdracht: 'Is hier gehandeld zoals van een redelijk bekwaam en redelijk handelend arts in die situatie verwacht had mogen worden?'. Is deze parafrase op een door de Hoge Raad geformuleerde regel wel voldoende duidelijk?¹⁴ En toegespitst op een vermeende diagnostische misser, hoe dan als deskundige te werk te gaan? Ik herinner u graag nog even aan de in de eerste paragraaf gestelde drie kennistheoretische kernvragen. Het is van belang te weten wat we denken te weten, de eerste vraag. Welnu, klager denkt te weten dat de arts fout handelde, want het is achteraf immers duidelijk dat de diagnose toch eerder of juist gesteld had kunnen worden? De deskundige ziet zich vooral geconfronteerd met de tweede ('wat zouden we moeten weten?') en derde vraag ('wat kunnen we weten?'). In het uitwerken van die vragen voor de betreffende casus kan de deskundige nu diens ware meesterschap tonen. Bij het zoeken naar antwoord op de tweede vraag ontkomen we niet aan het bredere perspectief. Aan de concrete vraagstellingen, zoals die bij de vijf casusposities naar voren komen, gaat toch een metavraag vooraf: door welke oorzaak of oorzaken kunnen diagnoses gemist

worden? En daaraan dient vanuit juridisch standpunt nog de opgave te worden toegevoegd: en hoe is er vast te stellen of hier sprake is van verwijtbare onzorgvuldigheid? Dát er diagnoses werden gemist, is in alle vijf gevallen zonneklaar, maar waardoor dan? We hebben bij het stellen van een diagnose te maken met cognitieve processen. Het gaat dus om waarnemingen (waarneembaarheid van afwijkingen, om aandacht, om perceptie, om oplettendheid wat betreft veranderingen), om verwerking van die informatie, om interpretatie (waarvoor weer kennis en ervaring nodig zijn) en om actie. Bij die handelingen staat de arts bovendien steeds in mindere of meerdere mate onder (tijds)druk en ook dat is van invloed op die processen.

De cognitieve psychologie heeft in tal van observaties en experimenten inmiddels laten zien hoe waarnemingen van mensen in alledaagse situaties kunnen tekortschieten: ze hebben niet door wat er werkelijk aan de hand is.¹⁵ Met een dergelijke inherente feilbaarheid hebben we ook in de geneeskunde te maken. Hebben we zulke fenomenen wel voldoende in kaart gebracht? Een voorbeeld: bij casus 5 werd door de radioloog mogelijk een afwijking over het hoofd gezien op de foto. Maar hoe vaak komt iets desgelijks voor? In het kader van een studie naar de effecten van longkankerscreening werd bij de deelnemers elk kwartaal een longfoto gemaakt. Vervolgens werd er binnen deze groep bij die patiënten bij wie longkanker werd geconstateerd onderzocht of er in de periode voorafgaande aan de diagnose in retrospectie toch al afwijkingen op de foto's waren te zien. Dat bleek bij maar liefst 87% van hen. Die afwijkingen waren dus gemist en hadden – in theorie – eerder behandeld kunnen worden.¹⁶ Het missen van afwijkingen bij screeningsdiagnostiek is kennelijk een frequent voorkomend fenomeen. Dus de deskundige die casus 5 dient te commentariëren, zal zich dienen af te vragen: hoe vaak worden tumoren bij mammascreening gemist, waardoor komt dat en wanneer is dat verwijtbaar? Systematisch onderzoek wat betreft de cognitieve psychologie van gemiste diagnoses heeft nog maar in beperkte mate plaatsgevonden.¹⁷ Uitbreiding daarvan is nodig gezien de toegenomen behoefte aan normatieve oordelen over diagnostische misslagen.

En, omdat er om een normatief oordeel wordt gevraagd, luidt een vraag behorende tot de derde categorie: kunnen we op objectieve gronden onderscheid maken tussen toerekenbaar en niet-toerekenbaar tekortschieten van de hulpverlener? Is er dan in de keten van gebeurtenissen een door de hulpverlener bewust genomen beslissing, waarbij voorzienbaar was dat die zou leiden tot de catastrofale uitkomst?

De medisch deskundige wordt gevraagd om vanuit het eigen medisch-wetenschappelijk perspectief te oordelen over een situatie. Uiteindelijk zal de juridische beslisser

12. Zie A.S. Elstein & A. Schwarz, 'Clinical problem solving and diagnostic decision making: selective review of the cognitive literature', *British Medical Journal* 2002 vol. 324, p. 729-732 en P. Crosskerry, 'The importance of cognitive errors in diagnosis and strategies to minimize them', *Academic Medicine* 2003 vol. 78, p. 775-780.

13. A.J. Akkermans, 'Verbeterde vraagstelling voor medische expertises. Een inventarisatie van knelpunten, verbeteringen, en mogelijke verdere aanpak', *Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade* 2005-3, p. 69-80 en B.P. Dekker & M. Hartman, 'Dan gaat de rechter op de stoel van de dokter zitten'. Over de vraagstelling en de rol van de deskundige in medische aansprakelijkheidszaken', *L&S* 2006, p. 6-10.

14. Het *Speeckaert/Gradener*-arrest, HR 9 november 1990, *NJ* 1991, 26. Zie r.o. 2.1.

15. Juist bij dynamische processen waarbij geconcentreerd ergens op gelet wordt, gaan andere gebeurtenissen aan de waarnemers voorbij. Zie bijvoorbeeld het experiment van D.J. Simons, C.F. Chabris, 'Gorillas in our midst: sustained inattention blindness for dynamic events', *Perception* 1999, vol. 28, p. 1059-1074.

16. J.R. Muhm et al., 'Lung cancer detected during a screening program using four-month chest radiographs', *Radiology* 1983, vol. 148(3), p. 609-615.

17. Zie J.P. Kassirer & R.I. Kopelman, 'Cognitive errors in diagnosis: instantiation, classification, and consequences', *The American Journal of Medicine* 1989, vol. 86, p. 433-441 en D.A. Redelmeier, 'The cognitive psychology of missed diagnoses', *Annals of Internal Medicine* 2005, vol. 142, p. 115-120.

zich een oordeel dienen te vormen over de wijze waarop het onderzoek door de deskundige werd verricht en de validiteit van diens conclusies. Maar op welke wijze zal de juridische beslisser met kennis uit een ander wetenschapsgebied omgaan? De afstemming tussen het deskundigenonderzoek, inhoudelijk gestuurd door een zo expliciet mogelijke juridische vraagstelling, en het uiteindelijk gebruik van het rapport bij het formuleren van het juridische oordeel vraagt nadere verkenning.¹⁸

4. Algemene aspecten van onderzoek naar medische missers

4.1. Gevaarzettingenleer

Iedereen wil het, maar het is helaas geen realiteit: een gezondheidszorg waarbinnen er nooit iets misgaat. We hebben hier dus te maken met een risicosfeer. Elke patiënt die deze medische kring binnentreedt, loopt steeds enig gevaar. Op de hulpverleners rust de morele én de juridische opdracht dergelijke risico's tot een minimum te beperken, hun zorgplicht. We zagen net 6 groepen factoren (par. 2) die de uitkomst van het arts-patiënt onderzoek bepalen. Het kernwoord is complexiteit, waardoor het proces van het stellen van een diagnose altijd wordt gekenmerkt door onzekerheid. Diagnostische perfectie is derhalve een hersenschim.

Binnen het aansprakelijkheidsrecht kent men het leerstuk van de onrechtmatige gevaarzetting. Er wordt daarbij uitgegaan van het onvermijdelijk aanwezig zijn van een basaal risico. Het streven is de best mogelijke situatie te realiseren door de volle inzet om alle werkprocessen goed en veilig te doen verlopen. Wordt er niet aan die optimale zorgplicht voldaan, dan neemt het risico op personenschade toe. Vertaald naar de medische hulpverlening: gevaarzetting betekent dat een patiënt aan meer risico dan in die situatie nodig is, wordt blootgesteld. Toegespitst op het thema diagnostiek impliceert het voorafgaande dat het niet, te laat of niet juist stellen van een diagnose tot de inherente gevaren gerekend moet worden, maar dat dit onheil tot een minimum beperkt zal worden. De juridische taak is dus het vaststellen van onrechtmatige gevaarzetting.

Het behoort derhalve tot de taak van de medisch deskundige om vast te stellen of er in het gegeven geval van onrechtmatige gevaarzetting sprake is, zoals bij onze vijf voorbeelden van diagnostische missers. De consequenties van het opwerpen van die vraagstelling zijn ('wat zouden we moeten weten?'): dat de medisch deskundige weet dient te hebben van het 'normale' basisrisico, dat er in het desbetreffende geval sprake was van onrechtmatige gevaarzetting die leidde tot een verhoogd risico en dat er een causaal verband bestaat tussen gevaarzettend gedrag en het verwezenlijken van de kwade kansen bij deze patiënt. Vervolgens, indachtig de preventiefunctie van het aansprakelijkheidsrecht, zal dan tevens

duidelijk dienen te worden hoe er dan wél gehandeld had kunnen worden.

Het gevolg van deze denkwijze is tevens dat elke casuspositie wordt gezien als behorend tot een groep van soortgelijke gevallen ('familieverwantschap'). Bij de vijf voorbeelden hoort elke patiënt steeds tot een specifieke populatie. De eerste casus hoort bijvoorbeeld tot de groep patiënten met meningitis, maar ook tot de groep met de klacht 'oorpijn'. Hoe (on)gebruikelijk is die oorpijn als presenterend symptoom van meningitis? Hoe vaak komt meningitis voor in de huisartsenpraktijk? Hoe moeilijk is het om in een situatie als bij deze patiënte de meningitis tijdig te herkennen? Dat zijn uiterst relevante vragen, die voortkomen uit het denken in termen van familieverwantschap. Om u een indruk te geven: ernstige door bacteriën veroorzaakte hersenvliesontsteking komt zo'n 400-500 maal per jaar voor.¹⁹ Er werken circa 8000 huisartsen in ons land. Die zien dus gemiddeld eens in de twintig jaar een geval van hersenvliesontsteking.

De juridische denkwijze over gevaarzetting treffen we exemplarisch aan in het *Kelderluik*-arrest, dat draait om de vraag welke oplettendheid en zorgvuldigheid in het maatschappelijke verkeer vereist mag worden.²⁰ Het normatief-juridisch beoordelen van een calamiteit, ook een medische, vereist bijgevolg een multifactorbenadering waarbij een waaier aan relevante gezichtspunten en omstandigheden gehanteerd wordt om te komen tot een oordeel over het in het leven roepen van onrechtmatige gevaarzetting.²¹ Het enkele feit dat er een gevaar in het leven werd geroepen waaruit schade ontstond, is echter onvoldoende voor aansprakelijkheid: aanvullend dient duidelijk te worden of de arts wist of behoorde te weten dat hier sprake was van een gevaarlijke situatie die extra zorg vereiste.

4.2. Het gevaar van 'hindsight bias'

Maar na deze vooralsnog abstracte juridische denkwijze over het analyseren van de gedragingen van dader en slachtoffer en het onderzoek naar onrechtmatige gevaarzetting nu de concretisering van het onderzoek. Er is een reconstructie nodig. Een vaak vergeten aspect is om dat onderzoek in overeenstemming te brengen met de 'stroomrichting' van de gebeurtenissen zoals die plaatsvonden.

De psycholoog Fischhoff wees ruim dertig jaar geleden al op het fenomeen dat wie met kennis van de – altijd negatieve – afloop de toedracht van een calamiteit wil reconstrueren de causale keten simplificeert.²² Het onheil was toch voorzienbaar en dus te voorkomen? Zo wordt de dader vaker dan feitelijk gerechtvaardigd is verantwoordelijk gehouden voor het onheil.²³ Die experimenteel bevestigde observatie bekrachtigt een verzuchting uit het verleden van een Engelse rechter: 'Nothing is so easy as to be wise after the event.'²⁴ We kennen dit fenomeen

18. Zie de beschouwing hierover van G. Edmond, 'Judicial representations of scientific evidence', *Modern Law Review* 2000, vol. 63(2), p. 216-251.

19. Bron: Nederlands referentielaboratorium voor bacteriële meningitis, periode 2002-2006.

20. HR 5 november 1965, NJ 1966, 136.

21. W.H. van Boom, *Structurele fouten in het aansprakelijkheidsrecht* (oratie Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 4.

22. B. Fischhoff, 'Hindsight ≠ foresight: the effect of outcome knowledge on judgment under uncertainty', *Journal of Experimental Psychology: Human Perception and Performance* 1975, vol. 1, p. 288-299.

23. K.A. Kamin & J.J. Rachlinski, 'Ex post ≠ ex ante. Determining liability in hindsight', *Law and Human Behavior* 1995, vol. 19(1), p. 89 e.v.

24. Branwell B. Cornman v. Eastern Counties R.Co (1859) 157 ER 1050.

onder de term *hindsight bias*. Dit verschijnsel is van grote betekenis bij juridisch oordelen.²⁵

De stroomrichting is dus niet retrospectief, geen onderzoek teruglopend vanaf de calamiteit tot het beginpunt van de keten vanuit een *ex post* perspectief, maar stap voor stap vanaf het beginpunt alle beslis- en handelingspunten nalopen. Hier stuiten we op een aanwijzing van de Hoge Raad: hoe dient het handelen van een medicus te worden beoordeeld? Antwoord: via een vergelijkingsfiguur door het handelen te spiegelen aan de zorgvuldigheid waarmee een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot in dezelfde omstandigheden zou hebben gehandeld.²⁶ Het is een gedachte-experiment. Vanaf het startpunt worden de scènes denkbeeldig overgespeeld waarbij de virtuele maatman laat zien welke weg hij daarbij bewandelt en hoe bij elk beslispunt wordt gekozen en tot welk resultaat dat geleid zou hebben.

Blijkt dat identiek aan de werkwijze van degene die zich nu moet verantwoorden, dan gaat die vrijuit. Is hiermee het probleem van de *hindsight bias* opgelost? Geenszins, want als de redelijk bekwaame denkbeeldige vakgenoot nu weet heeft waar hij vooral *niet* wil uitkomen, gezien de bekende noodlottige afloop, dan past die zijn gedrag aan! De vraag of de arts zorgvuldig genoeg handelde is niet eenvoudig te beantwoorden en vergt niets minder dan een werkwijze waarbij die 'voorkennis' – liefst geheel – is uitgebannen. De opdracht aan betrokkenen, inclusief de rechter, om de negatieve afloop niet te laten meespelen in hun overwegingen, werkt eenvoudig niet en is naïef.²⁷ Hoe de deskundige goed met deze problematiek kan omgaan, zal verderop worden behandeld (par. 5.3).

4.3. Diagnostische fouten zijn contextueel bepaald

Mijn bloemlezing laat enkele voorbeelden zien uit het brede spectrum van diagnostische fouten. Voor het deskundigenonderzoek is het van belang te letten op de context waarbinnen deze mogelijke diagnostische mislag wordt gemaakt, want die is niet alleen bepalend voor het type fout maar ook voor de normstelling en dat wordt in juridische procedures vaak vergeten. Wat betreft die bepalende kaders zijn verschillende tweedelingen denkbaar, zoals:

Eerste- versus tweedelijnszorg. Een huisarts (casus 1) heeft te maken met een heel andere verzameling ziekten en ziekten dan een specialist in een ziekenhuis. Dat betekent ook dat ziekten voor een huisarts een zeldzaamheid zijn, terwijl deze in ziekenhuizen geregeld worden gezien. Zo is de meningitis van casus 1 en zeker de presentatiewijze met oorspijn daarvan zeldzaam. Ook de diagnostische mogelijkheden zijn voor een huisarts veel beperkter: deze zal vooral varen op zijn klinische observaties en ervaring. Hij staat er ook meestal alleen voor. In acute situaties heeft hij maar weinig mogelijkheden tot het doen van nadere diagnostiek. De kans op diagnos-

tische missers in de eerste lijn is daardoor ook groter en de normstelling minder streng.

Spoedeisende versus niet-spoedeisende hulp in ziekenhuizen. Op afdeling van spoedeisende hulp heeft men veelal te maken met pieken van hoge werkdruk. Binnen een kort tijdbestek dient bij bijvoorbeeld een traumapatiënt zoals casus 2 een eerste indruk te worden verkregen (triage²⁸), vervolgens beslist te worden wie in consult gevraagd moeten worden, welke onderzoeken er moeten worden uitgevoerd, wat er therapeutisch gedaan moet worden en ten slotte of de patiënt ontslagen kan worden of moet worden gehospitaliseerd. De SEH blijkt dan ook uit gegevens van aansprakelijkheidsverzekeraars een afdeling te zijn waar in diagnostisch opzicht frequent zaken misgaan, maar de oorzaken daarvan zijn nog weinig duidelijk.²⁹

Diagnostiek voor het vaststellen van ziekte versus diagnostiek voor het herkennen van een ongunstige wending beloop. Bij casus 1 gaat het om het herkennen van de feitelijke ziekte waaraan patiënte leed, terwijl bij casus 3 het draait om de vraag of de behandelend gynaecoloog de informatie tijdens het proces van de bevalling wel op juiste wijze waardeerde en tijdig doorhad dat de bevalling niet op de gewenste wijze verliep. Het beoordelen van het beloop is anders van aard: het gaat om continue bewaking, om dynamiek. De vraag is daarbij ook hoe goed de diagnostica zijn voor het herkennen van een ongunstige wending.

Directe behandelaar versus diagnostisch specialist. Bij de laatste twee casus gaat het om het mogelijk onjuist diagnosticeren door diagnostische (= ondersteunende) specialisten, respectievelijk pathologen en radiologen. Zij verrichten uitsluitend diagnostisch onderzoek op hetzij materiaal dat van de patiënt werd afgenomen, dan wel röntgenopnamen, maar hebben meestal geen direct contact met de patiënt. Dat soort diagnostiek verschilt van die aan het ziekbed, omdat men zich slechts op een facet richt. Uiteindelijk zal de behandelaar de uitkomsten van onderzoeken van pathologen en radiologen moeten plaatsen binnen het geheel van de klinische situatie, maar zoals casus 4 laat zien, dat kan misgaan.

Diagnostiek bij symptomatische patiënten versus screeningsdiagnostiek bij gezonde patiënten. In toenemende mate wordt er diagnostiek verricht bij patiënten die geen klachten hebben. Dat is meestal in het kader van bevolkingsonderzoeken naar kanker (in Nederland: op borst- en baarmoederhalskanker) maar in toenemende mate ook op verzoek van verontruste burgers (the 'worried well') die zich zekerheidshalve willen laten onderzoeken om bijtijds ziekteprocessen op te kunnen sporen. Tussen deze twee indicaties bestaat groot verschil, wat ook van

25. E.M. Harley, 'Hindsight in legal decision making', *Social Cognition* 2007, vol. 25, p. 48-63.

26. HR 9 november 1990, NJ 1991, 26. Zie eerder, noot 14.

27. A.C. Smith & E. Greene, 'Conduct and its consequences: attempts at debiasing jury judgments', *Law and Human Behavior* 2005 vol. 29(5), p. 505 e.v.

28. Dat behelst een snelle en globale beoordeling van de toestand van de patiënt om te beoordelen of levensbedreigende toestanden snelle interventie vragen en bij toestroom van meerdere patiënten de prioriteiten te bepalen.

29. A. Kachalia et al., 'Missed and delayed diagnoses in the emergency department: a study of closed malpractice claims from 4 liability insurers', *Annals of Emergency Medicine* 2007, vol. 49(2), p. 196-205.

belang is bij het deskundigenonderzoek.³⁰ Casus 5 vormt een voorbeeld van deze problematiek.

Perifeer versus academisch ziekenhuis. Tussen academische en niet-academische ziekenhuizen bestaan praktische maar ook medisch-inhoudelijke verschillen. In academische ziekenhuizen vindt meer gespecialiseerde diagnostiek plaats en worden aan die diagnostiek dan ook hogere eisen gesteld. Voor het beoordelen van medische missers wordt relatief vaak een beroep gedaan op hoogleraren.

Het motief om uitgebreid stil te staan bij deze verschillende typen van contexten is dat dit ook van invloed is op zowel de analyse van het probleem als op de keuze van de persoon van de deskundige. Immers, het leerstuk van het vergelijkingstype vraagt na te gaan hoe een soortgelijk en redelijk bekwaame arts/specialist als de dader in kwestie in die situatie zou hebben gehandeld. De context is namelijk bepalend voor de werksituatie, het soort patiënten en hun medische problemen, de diagnostische mogelijkheden. Daarmee wordt ook duidelijk dat de norm eveneens door deze context wordt bepaald.

4.4. Multifactor benadering

Er is altijd een aantal vaste onderdelen van het deskundigenonderzoek.³¹

- De *klinische context*: binnen welke klinische context plaatsen we het diagnostische vraagstuk? Was het een ongebruikelijke wijze van presenteren? Had deze patiënt ook tegelijkertijd andere aandoeningen? Dat zijn maar enkele elementen.
- De *wetenschappelijke context*: wat is er bekend over dit ziektebeeld? Was het een zeldzaam ziektebeeld? Hoe moeilijk is het stellen van de diagnose bij deze ziekte?
- De *procedurele toetsing*: is langs de weg van 'evidence-based medicine' omschreven hoe de klachten en/of ziekteverschijnselen bij deze patiënt het beste kunnen worden geanalyseerd? Dit is het perspectief van de protocollaire geneeskunde.
- De *uitkomsttoetsing*: is er iets bekend over de frequentie van misdiagnoses in soortgelijke gevallen bij de betreffende arts/afdeling? Hier komt het leerstuk van de gevaarstelling weer om de hoek kijken.
- De *objectiverende herbeoordeling*: het herbeoordelen van gearchiveerde röntgenfoto's, microscopische preparaten, hartfilmpjes e.d. Zie hierboven ook par. 4.2.
- De *organisatorische context*: is er een adequate opvang van patiënten buiten 'normale' kantooruren? Is qua bijvoorbeeld staf en medische apparatuur een unit goed uitgerust?

5. Wat is nu het juiste deskundigenonderzoek?

Voor het doen uitvoeren van een deskundigenonderzoek bij een vermeende diagnostische fout, zijn de volgende

drie punten van belang: (1) kies een persoon met een juiste motivatie en attitude, (2) kies een persoon werkzaam binnen dezelfde context en uit het juiste vakgebied en (3) zorg voor het gebruik van een beproefde en transparante methodiek. Uiteindelijk is niet de persoon, maar de door hem/haar gebruikte methode doorslaggevend. Zo vermindert men ongewenste factoren als het gebruik van positionele macht of gezagsdrogreden.

5.1. Kies een persoon met de juiste motivatie en attitude!

Waarom kiezen we een vakgenoot als deskundige en waarop moeten we dan letten? Hierboven in par. 3 kwam de opdracht van de deskundige al ter sprake. De beoordeling of de deskundige ook deskundig genoeg is om die taak uit te voeren, vraagt meer dan alleen voldoende medisch-inhoudelijke kennis.³² Het gaat ook om psychologische factoren, om persoonskenmerken. En aan dat punt wordt vaak liever stilgetjes voorbijgegaan. Wat motiveert iemand om de rol van deskundige te vervullen? Er kunnen eenvoudig economische drijfveren in het spel zijn. Is het lucratief om voor letselschadebureaus beschikbaar te zijn als deskundige? Maar er zijn ook persoonlijke gronden. Iemand die elke situatie graag aangrijpt om zich te profileren, is niet geschikt voor de taak van deskundige. Ook een activistische stellingname is ongewenst. Iemand die koste wat kost de eigen beroepsgroep wil verdedigen tegen die opdringerige en geldbeluste letselschadeadvocaten of iemand die het als zijn belangrijkste taak ziet om de patiënt ter wille te zijn en zwakke medische broeders als zodanig te ontmaskeren dient men voor dit soort opdrachten toch maar liever te mijden.

Het werk van de deskundige is niet alleen maar een kwestie van intelligentie en rationaliteit, er wordt ook emotionele intelligentie gevraagd. Hij/zij moet zich in de positie van anderen kunnen verplaatsen maar daarnaast ook voldoende zelfinzicht hebben. Daarnaast wordt er een hoge mate van realiteitszin gevraagd bij het beoordelen van medische bedrijfsongevallen. Daarom nemen we iemand die met beide benen in de dagelijkse werkelijkheid staat en die, met kennis van zaken, weet te oordelen over situaties die hij/zij ook praktisch tegenkomt. Kies, wat in de praktijk helaas nog vaak voorkomt, daarom niet iemand die al met pensioen is.³³ Bijvoorbeeld de voor de gelaedeerde partij optredende deskundige in casus 3 was een hoogleraar die al bijna vier jaar met emeritaat was.

De deskundigenpopulatie kent een hoog 'onder professoren'-gehalte. Hoogleraren staan vaak ver af van de 'gewone' medische praktijk; daar zijn ze vaker theoretisch dan praktisch bij betrokken en besturen meer dan ze zorg verlenen (zie ook hierboven par. 3.3 bij context). Daarbij kan het overigens ook nog voorkomen dat zij moeten oordelen over mensen die ze mede hebben opgeleid – de medische wereld is klein! De keuze zou eigenlijk alleen op een hoogleraar als deskundige moeten vallen als er een bijzonder probleem moet worden onder-

30. R.W.M. Giard, 'Aansprakelijkheid voor vermeende fouten bij bevolkingsonderzoek', *NJB* 2001, nr. 16, p. 751-759.

31. R.W.M. Giard, *Aansprakelijkheid van artsen. Juridische theorie en medische praktijk* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, hoofdstuk 7 'De medisch deskundige' (p. 177-198).

32. Chr. van Dijk, 'Hoe te beoordelen of de deskundige deskundig is?', *NTBR* 2007, nr. 10, p. 61.

33. De Nederlandse Vereniging voor Obstetrie en Gynaecologie heeft dat ook in de leidraad voor (getuige-)deskundigen staan.

zoekt, waarvan deze ordinarius veel weet, wat blijkt uit wetenschappelijke publicaties. Binnen het toernooimodel is een hooggeleerde deskundige een prachtige troef, maar het gevaar van gezagsargumenten ligt dan op de loer. Bij het onderzoek van diagnostische missers gaat het primair om de methode van onderzoek.

5.2. Kies iemand uit het juiste vakgebied!

Hierboven gaf ik bij het belang van de context al aan dat vanuit het leerstuk van het vergelijkingstype de te benoemen deskundige werkzaam is in een vergelijkbare situatie als de gedaagde. Toch gaat dat nogal eens fout. Bij casus 1 bijvoorbeeld werd het gedrag van de huisarts beoordeeld door een arts-microbioloog die als onafhankelijk deskundige optrad. Diens specialisme is verantwoordelijk voor het in het laboratorium vaststellen van de voor meningitis verantwoordelijke bacterie. Als zodanig heeft een arts-microbioloog ook theoretische kennis van het ziektebeeld, maar hij is niet iemand die bekend is met de praktische situatie waarin de huisarts zich bevond. De huisarts wordt opgebeld door een verontrust familielid, de huisarts staat thuis twijfelend aan het ziekbed van de patiënt en moet beslissen of die nu wel of niet in het ziekenhuis moet worden opgenomen. Hier hoort het oordeel van een collega huisarts te worden ingeroepen die kan beoordelen of de betreffende collega handelde zoals in die situatie behoorde, gegeven de vigerende huisartsenstandaarden.

Ook bij casus 2 werd iemand uit een andere context betrokken bij het beoordelen van de wervelfractuur, namelijk een orthopedisch chirurg. Botbreuken worden zowel door chirurgen als orthopeden behandeld. Maar wat deze patiënt heeft, valt onder de categorie traumatologie, dus een in traumatologie deskundig chirurg zou hier verkozen dienen te worden.

In toenemende mate is er binnen het grote medische vakgebied sprake van specialisatie en binnen elk specialisme weer van subspecialisatie. Dat maakt het voor de juridische 'buitenstaander' lastig te beoordelen wie als deskundig vakgenoot kan worden bestempeld. Hier ligt dan ook een taak voor de medisch-wetenschappelijke verenigingen om daar duidelijkheid in aan te brengen.

5.3. Ontwerp en gebruik de juiste methode van onderzoek!

Gelet op het gevaar van wijsheid achteraf, zal de methode tenminste blijf moeten geven van *debiasing*. Bij diagnostiek weet je nooit het ware resultaat op het moment dat die taak wordt uitgevoerd, kennis waarover we wél beschikken bij het achteraf bezien van onze vijf casusposities. Het feitenonderzoek komt neer op een zo natuurgelukkig mogelijke reconstructie van de oorspronkelijke situatie. De methodologie van onderzoek van rampen en bedrijfsongevallen vereist dan ook (1) dat we de normale stroomrichting van de tijd volgen en bij het begin beginnen en (2) de positie innemen binnen de situatie zoals die was, dus die van 'insider' en niet die van 'outsider'.³⁴

Bij elke stap kunnen we het handelen dan toetsen aan wat er in zo'n situatie gangbaar is, gelet op de vigerende praktijkstandaarden. Heeft de huisarts dan gedaan wat er bij een patiënte met oorpijn moet worden gedaan (casus 1)? Was op de SEH het onderzoek en de werkwijze toereikend, gegeven de situatie van patiënt 2? Werde de bevalling op de juiste wijze in de gaten gehouden en zijn de uitkomsten van die bewaking ook voldoende indicatief voor een eventuele bedreigende situatie van het dan nog ongeboort kind (casus 3)? Was de diagnose slokdarmkanker voldoende zeker of had bij patiënte nr. 4 toch nadere diagnostiek dienen plaats te vinden om absolute zekerheid te verkrijgen over de ziekte-toestand? Een apart verhaal is het beoordelen van casus 5. Daar werd op de röntgenfoto van de borsten een afwijking gemist. Die foto's zouden opnieuw door de deskundige kunnen worden bekeken. Het volgende zal u echter niet verbazen. Als de foto's van patiënten, bij wie in eerste instantie de diagnose werd gemist, opnieuw mét kennis van de afloop worden bekeken, wordt in veel – zoniet de meeste – gevallen de afwijking nu wél gezien. Empirisch onderzoek heeft dat ook bevestigd.³⁵ Zonder voorkennis van de werkelijke situatie/afloop, bij een 'blinde' herbeoordeling dus, wordt het overgrote deel van de afwijkingen op röntgenfoto's weer 'gemist'. Die bevinding is vanuit juridisch perspectief toch uiterst boeiend te noemen! Het betekent namelijk dat er een deskundigenonderzoek gewenst én mogelijk is dat de oorspronkelijke situatie van beoordeling zo veel als mogelijk is, benadert. De gewraakte foto's worden dan, zonder dat de betrokken herbeoordelaars weet hebben van de aanleiding van dit onderzoek of van de werkelijke ziekte-toestand in een gewone praktijksetting opnieuw beoordeeld. Die methode kan worden toegepast bij herbeoordeling van zowel röntgenfoto's als ook van microscopische preparaten.³⁶

Om bij het deskundigenonderzoek tegemoet te komen aan de eis van objectiviteit, zal juist ook de medische professie het voortouw moeten nemen om voor juristen transparante methoden te ontwikkelen om het diagnostisch medisch handelen te kunnen evalueren. Zo kan worden voorkomen dat er teveel *ad hoc* en *ex post* beoordeling zal plaatsvinden.

6. Conclusies

We hebben aan de hand van vijf casusposities een verkenning gemaakt over het terrein van de diagnostische fouten en daarbij gezien wat een complexe materie dit is. Als we het vraagstuk van diagnostische missers zowel in juridische als wetenschappelijke zin 'recht' willen doen, wordt het er – in ieder geval in eerste instantie – niet eenvoudiger op. Zodra er dan via een advocaat een claim wordt ingediend wegens een vermeende diagnostische fout, komt de zaak namelijk op 'scherp' te staan: er is geen ontkomen meer aan, er zal een normatief oordeel dienen te worden uitgesproken.

Dat afdwingen van een oordeel of hier wel of niet sprake is van verwijtbaar tekortschieten betekent dat er een

34. Zie het boek van S. Dekker, *The Field Guide to Understanding Human Error*, Aldershot: Ashgate 2006.

35. S. Hofvind et al., 'Influence of review design on percentages of missed interval breast cancers: retrospective study of interval cancers in a population-based screening program', *Radiology* 2005, vol. 237(2), p. 437-443.

36. R.W.M. Giard & J.M. Broekman, 'Naar een objectieve herbeoordelingsprocedure bij een mogelijke diagnostische dwaling', *Nederlands Tijdschrift voor Geneeskunde* 2000, jaargang 144(12), p. 566-571.

deskundige deskundige nodig is, die zich doordacht ontdoet van de hinder van de *hindsight bias* en die beschikt over de speciale wetenschappelijke kennis die nodig is om dit probleem in een breder perspectief te plaatsen. We bevinden ons in een fase dat vooral de medische professie zich daarop nog beter moet instellen en een onderzoeksagenda zal dienen op te stellen teneinde adequaat met deze problematiek om te gaan.

De kwaliteit van het deskundigenrapport wordt daarmee een belangrijk, zoniet het belangrijkste, element van de deugdelijkheid van het oordeel over diagnostische missers. De juridische basis is het leerstuk over onrechtmatige gevaarzetting. De deugdelijkheid van het rapport hangt primair af van de gevolgde methode, niet van de gekozen persoon: die is de uitvoerder van een omschreven opdracht. Vakkennis alleen is niet genoeg, het gezag van een academische positie evenmin. Er komen verschillende vakgebieden samen in die taak. Dat maakt praktisch het uitzoeken van diagnostische fouten ingewikkelder en dus duurder.

Het is altijd weer verhelderend om uit te leggen dat artsen en rechters in hetzelfde schuitje zitten, dat vaart op de woelige wateren van onzekerheid.³⁷ Beiden dienen te beslissen in situaties van onzekerheid en dus zullen die oordelen soms verkeerd uitvallen. Het aangeven wanneer er sprake is van verwijtbaar tekortschieten bij het proces van diagnostiek is een lastige opgave. Waar problemen echter diepgaand en methodisch worden onderzocht, blijkt er vaak minder reden tot blaam dan men in eerste instantie op grond van de catastrofale afloop denkt. De gestelde vraag 'Tout comprendre, est-ce tout pardonner?' kan door een rechtgeaarde jurist natuurlijk niet met 'ja' of 'nee' worden beantwoord maar het oordeel zal voor diagnostische missers eerder bij de eerste dan bij de tweede optie liggen.

37. R.W.M. Giard & C.J.J.M. Stolker, 'De rol van de dokter als deskundige', *NJB* 2003, p. 610-616.